

# INCIDENCIA DEL FENÓMENO “REGULATORIO” EN LA NOCIÓN DEL DERECHO.

**José María de la Cuesta Rute**  
**Catedrático emérito de Derecho Mercantil**

## 1. INTRODUCCIÓN

Ante la multiplicación de las “regulaciones” en nuestros días parece oportuno dedicar a los llamados “derechos regulatorios” la atención que merecen por la incidencia que esta categoría tiene en una concepción del derecho que, con mayor o menor fidelidad, se ha mantenido en la historia por lo menos desde Roma sin duda que por su adaptación a las exigencias de la persona. Roma, en efecto, aporta a la civilización un concepto del derecho en razón de su fin y su función de cauce para el desarrollo de la vida de la persona que es el hombre en tanto que ser esencialmente libre que se desenvuelve en comunidad.

Hablo de “derechos regulatorios” en plural porque, en efecto, de ellos se habla en la jerga de los profesionales de la abogacía. Eso significa que cada uno de esos derechos se convierte en un ordenamiento jurídico *particular* respecto de una específica materia que, para nuestro objeto, conviene decir desde ahora que consiste en cada uno de los sectores de la actividad económica o incluso alguna perspectiva de esa actividad; así, por ejemplo, se habla del derecho de las comunicaciones, del derecho de la energía, del derecho de la competencia, etc.

El tema se presenta especialmente complejo, razón por la cual en la ocasión en que nos encontramos he de limitarme a señalar o apuntar las cuestiones que la categoría “derecho regulatorio” plantea. El presente trabajo no tiene otro propósito que el de ensayar, sugerir o insinuar caminos que merecen transitarse en sucesivas investigaciones. Pero la limitación del propósito no evita, al contrario, dejar de considerar desde el principio la razón por la que se plantean las cuestiones, lo que supone necesariamente una mínima construcción conceptual acerca del fenómeno regulatorio que está a la base y aparentemente justifica la aparición y multiplicación de los ordenamientos particulares a que me refiero.

## 2. NOCIÓN DE REGULACIÓN

Conviene precisar ante todo el sentido de la palabra regulación en el contexto en que nos encontramos. Es obvio que el Ordenamiento jurídico constituye una regulación en cuanto que determina las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo que es el modo como define la voz **regulación** el DRAE. Por lo que si se habla de derecho regulatorio, ha de ser, si no se quiere incurrir en inadecuado pleonismo, porque se atribuya al término regulación un sentido diferente; y, en efecto creo que lo encontramos en la tercera acepción del mismo DRAE, que se refiere a que regular significa ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines. Me interesa subrayar la diferencia esencial que se aprecia entre la tercera y la cuarta acepción del DRAE. El ajustamiento al que se refiere la acepción cuarta del DRAE conviene al derecho en cuanto tal ya que se refiere al ajustamiento de alguien o de algo por su

adecuación a la naturaleza y condición del hombre; si las reglas o normas jurídicas responden a algo, ha de ser, como antes se dijo, a los fines comunes y generales a todo hombre como ser esencialmente libre y consiguientemente responsable. La acepción tercera del DRAE se refiere al derecho regulatorio en cuanto que los fines que la regulación en esta acepción persigue son ya unos fines *determinados*, esto es, no los fines generales y abstractos propios de derecho, sino unos fines específicos voluntariamente establecidos *a priori* en razón de otras circunstancias distintas a las que simple y llanamente afectan a la persona humana.

Antes de seguir adelante conviene recordar que en nuestro caso la materia objeto de regulación es cada una de las actividades económicas en tanto que tales. Es importante partir de que estas actividades tienen como núcleo de su ser a la *acción humana* y, por lo tanto, si a la acción económica deben reconocérsele todos los atributos y caracteres generales de aquella acción, ha de considerarse también que se trata de una acción humana especificada por referirse al destino de recursos escasos a la satisfacción de necesidades del hombre.

El principio de economía está presente en general en toda acción humana puesto que el hombre actúa con la finalidad de mejorar y, dada su condición, el cambio de situación exigirá asignar recursos escasos a la obtención de fines. Por lo tanto, es inaceptable reducir ese principio al ámbito de las necesidades materiales. Pero es cierto que es en relación con este tipo de necesidades como se define y se ha desarrollado el pensamiento económico, por lo que aquí me atenderé a esta concepción reduccionista de lo económico<sup>1</sup>.

La regulación jurídica de la actividad económica se origina con la existencia sobre la tierra de más de un hombre, porque desde ese instante se produce el sentimiento de pertenencia, de “lo mío” y de “lo tuyo”, entendidos en el sentido más amplio, pero que en definitiva alude a la atribución de títulos entre los que se encuentra lo que conocemos como propiedad, considerada como derecho real pero que, en un sentido más amplio y no rigurosamente jurídico, implica un ámbito de decisión respecto de trabajar que está sometido al control exclusivo de la persona que necesariamente desemboca en la apropiación del resultado del propio trabajo. Por amplio que fuere este ámbito al que aludo, no es dudoso que se resultará en exceso angosto tan pronto como el hombre se proponga nuevas metas. De ahí que para conseguir éstas será necesario entrar en cooperación con otros que, a su vez, efectúan otros trabajos a fin de intercambiar los objetos, resultado de sus respectivos trabajos. Importa subrayar para impedir equívocos tan frecuentes como infundados que la actividad económica lleva en sí misma, como por lo demás no podía ser de otra manera, el germen de la cooperación en el seno de la comunidad de personas. Con independencia de ello, dos principios fundamentales se desprenden de cuanto acabamos de decir; de un lado, el de división del trabajo; de otro, el del trueque o el intercambio libre y voluntariamente concertado. Cuando este intercambio es *indirecto* en el sentido de que no se cambia cosa por cosa como ocurre en el trueque, sino que se media el *cambio por el dinero* se hace presente el *factor temporal*, que es esencial a la persona y, en consecuencia, determinante de las acciones humanas. El dinero pues, lejos de representar una formalización deshumanizadora, como a veces se sostiene, constituye un invento esencialmente humano que humaniza la

(1) Con el planteamiento del texto queda claro que seguimos el camino que inauguró VON MISES, a quien se debe la monumental obra *La acción humana*. 6ª ed. Traducción de Joaquín Reig Albiol. Unión Editorial. Madrid 2001

acción económica puesto que el dinero significa, entre otras cosas, una *reserva de valor* y, en consecuencia, siendo potencialmente estimado de modo universal el patrón al que esa reserva se refiere, el cambio de cosa por dinero representa mantener abierta la posibilidad de atender nuevas necesidades futuras mediante el cambio de dinero por cosa. La presencia del futuro en el presente es algo significativo de lo más constitutivamente humano, dado que la persona es un permanente y constante *in fieri*.

No me parece discutible que el derecho de propiedad, el principio de división de trabajo y el derecho de la contratación son en su conjunto absolutamente cardinales respecto de la *acción humana relativa a la economía*<sup>2</sup>

Conviene añadir para completar el marco jurídico de la acción humana a la que aquí nos referimos, que, partiendo de la libertad con que se realiza la acción, ya que de no ser libre, no sería acción humana, ha de llegarse a la responsabilidad de la persona. En el proceso humanizador del derecho, en tan altísima medida tributario del cristianismo, el hombre no responde con su propia persona de las consecuencias dañosas de sus acciones u omisiones, sino que lo hace mediante su patrimonio. La responsabilidad patrimonial, pues, represente igualmente un principio jurídico cardinal para perfilar definitivamente el marco jurídico de la acción humana.

Sin necesidad de referirnos a épocas más remotas y ajenas a la civilización y también a nuestra cultura jurídica y ciñéndonos a Roma como uno de los puntos originarios de una y otra, es claro que su sistema de títulos de atribución y su sistema de contratos así como de responsabilidad constituyen una regulación efectiva de la actividad económica en el sentido que estamos tratando.

Se trata de una regulación según la acepción cuarta del DRAE; constituye todo un Ordenamiento presidido por razones jurídicas y, de ahí que sea propiamente un Ordenamiento jurídico. Con el mismo alcance solo que cambiando lo que es menester cambiar, desde la entronización del sistema económico de mercado se presenta la regulación que implica el Derecho mercantil en la Baja Edad Media, que nadie duda en la actualidad que se vincula a la “revolución comercial” que significó cabalmente el sistema de mercado<sup>3</sup>

El sistema de mercado se manifestó en la actividad de comercio, que, necesariamente en atención a la organización de la sociedad estamental de la época, sólo podía realizarse por quienes fuesen comerciantes. Pero los comerciantes, al comerciar, lo hacen ya efectuando la función coordinadora, esto es, propiamente empresarial, que las señales que envían los mercados les indican. Gracias a esa información pueden minimizar la incertidumbre y consiguientemente asumir el riesgo del error.

Las circunstancias sociales y políticas propias de la época, determinaban que no pudiesen ejercitar el comercio los pertenecientes a estamentos distintos al de los comerciantes y, al mismo tiempo, excluían que la tierra pudiera tener la condición de *mercancía*. Por otro lado, el elemental nivel del conocimiento y de las técnicas no consentía que el proceso coordinador del mercado pudiera desencadenar un verdadero proceso productivo, industrial y de servicios, por parte de quien quisiese actuar en ese

(2) La máxima “la vida del derecho es experiencia” acuñada por el Juez Holmes entraña una verdad mucho más profunda y de más extensa aplicación de lo que a primera vista parece.

(3) RUBIO, J.: *Introducción al Derecho Mercantil*. Ed. Nauta. Barcelona, 1969, *passim*

mercado. La extensión del derecho mercantil a los dispensadores de productos industriales y de servicios se realizó sin embargo con toda naturalidad tan pronto como esas actividades se desarrollaron según procesos de mercado.

Concebido el derecho mercantil como el derecho que tiene como materia cualquier actividad económica que se desempeñe según el mercado, es inevitable que desde el primer momento de su existencia presente su carácter de derecho privado, es decir, de conjunto de normas y procedimientos relativos a las normas, referidos unas y otros a las relaciones entre iguales como relativos que son a los títulos de propiedad, los contratos y la responsabilidad. Además, cuando la Revolución francesa termina con los gremios, abre las clases y proclama los derechos del ciudadano que limitan el poder del soberano (aunque ya éste se diga ser el “pueblo”), las normas del derecho mercantil son abstractas y de carácter general. Estas notas características, que casan perfectamente con el liberalismo político, se mantienen de hecho hasta que la crisis del primer tercio del siglo pasado hace que el presidente Roosevelt adopte, sobre la base de la doctrina keynesiana, la política del *New Deal*. No debe ocultarse sin embargo que de manera bastante eficaz habría incidido en la consideración que pudiera decirse jurídica de la actividad económica no solo la llamada de atención del Papa León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*, sino señaladamente los cimientos que al estado del bienestar puso el canciller Bismarck cuando, rompiendo con el partido liberal, estableció especialidades en el régimen de la contratación del trabajo que lo separaron del régimen general de los contratos; también el canciller estableció las bases de lo que hoy llamamos seguridad social.

La política del *New Deal* es la manifestación por lo que aquí nos importa de que la tarea de coordinación que toda actividad productiva implica no puede llevarse a cabo únicamente según la información suministrada por el mercado, sino que ha de orientarse también según las pautas señaladas por el estado. Gracias a estas últimas se colocan en el mismo plano de la consideración el momento de la generación y el de la distribución de las rentas. Esta última dimensión no puede confiarse al proceso propio del mercado.

Desde ese momento estado y mercado constituirán un binomio inseparable que, al mismo tiempo que permite hablar de la “dirección de la economía por el estado”<sup>4</sup> u otras cosas semejantes tales como *economía social de mercado*, significan la consagración de la intervención pública de la economía. Nótese que no se trata de que el estado participe como un sujeto más de la vida económica, sino que se erige en planificador de esa actividad, lo cual además tiene por consecuencia que cuando participa en el mercado lo haga, por lo general, sin abandonar ninguna de las prerrogativas que en cuanto estado le convienen<sup>5</sup>.

(4) Se da lugar así al “Derecho de la Economía” o “Derecho Económico”

(5) Vid. por todos, ALONSO UREBA, A., *La empresa pública*. Ed. Montecorvo S.A., Madrid 1985

Pero debe además advertirse que, a partir del momento en que la función -planificadora- del estado se coloca al mismo nivel que la -espontánea- del mercado lo que de ello resulte no podrá achacarse racionalmente al mercado pues, por mínima que sea, la intervención pública habrá desnaturalizado el proceso del mercado y lo que de él cabría esperar.

La nueva situación creada con la política del *New Deal* se generaliza a partir de la Segunda Guerra Mundial, sin contar con los países en que, con olvido completo del mercado, se adoptaría el sistema de planificación central de la economía preconizado por el marxismo. Parece indiscutible que con posterioridad a la guerra se impone una concepción, que en el campo político se denomina socialdemócrata, que no ha cesado todavía. Porque la bipolaridad estado-mercado se mantiene incólume aunque a veces goce de mayor relevancia el estado y otras, el mercado.

De todo lo dicho se infiere que aquí se encuentra el germen de los “derechos regulatorios”, es decir, de los ordenamientos particulares a cada materia que no se atienen a los fines generales del derecho sino a fines específicos y determinados buscados de propósito y definidos autoritariamente por el estado. Esto es, la regulación según la acepción tercera del término en el RAE.

La situación descrita, que se corresponde con la instauración definitiva del “estado del bienestar”, se mantiene hasta nuestros días, si bien, como he apuntado antes, no en todos los momentos ni en todos los países ha permanecido igual el peso del estado y el del mercado como centros reguladores. Así, es innegable que la crisis de los setenta del pasado siglo, al poner de manifiesto la inviabilidad económica del estado del bienestar, provocó reacciones tendentes al decremento del papel del estado con el consiguiente mayor peso del mercado. Significativamente se habla de liberalización, término correcto en cuanto que expresa la preferencia por el instrumento regulador del mercado, que es fruto de la libertad, sobre el instrumento autoritario del plan del estado, pero término engañoso en cuanto que, por mínima que sea la intervención del estado, la actividad económica no se liberaliza<sup>6</sup>. También se emplea el término desregulación para indicar que la actividad económica deja de estar sometida a la regulación anterior; pero término igualmente engañoso si se lo toma como indicativo de que la actividad pasa a estar exenta de cualquier regulación puesto que a la regulación que se excluye sucede una nueva regulación<sup>7</sup>.

Es a esta regulación nueva a la que nos referimos en el presente trabajo. Se trata de regulación en el mismo sentido que tiene el término en la acepción tercera del DRAE en cuanto que impera comportamientos debidos a fines determinados y concretos. Pero es nueva, porque los fines no se especifican necesariamente por órganos del estado, al

(6) Por eso es inaceptable hablar de “neoliberalismo” en este contexto.

(7) Entre otras cosas no es posible desregular por completo para empezar de cero. Son numerosos los autores que hablan de la *re-regulación*.

menos de manera directa, y, además, porque en buena parte implica eliminar los modos de regulación anterior.

### 3. CLASES DE REGULACIÓN

La nueva regulación trae una novedad de importancia respecto de las regulaciones anteriores. Consiste en que estas se ejercían siempre directamente por los órganos de las Administraciones Públicas o también por las llamadas Agencias independientes pero cuya organización así como la designación de los que desempeñan los órganos de dichas agencias dependían del estado.

A partir de la nueva regulación, ésta resulta también de la interacción de variados centros interesados, aunque de distinta manera, en la actividad regulada de modo que no puede atribuirse la definición de los fines específicos a un solo centro regulador. Por otra parte, se llega a hablar también de autorregulación para indicar la regulación que emana de los agentes directamente interesados por ser sujetos de la actividad regulada.

De esta manera resulta más que conveniente distinguir entre clases de regulación. En su esencia siempre se trata de lo mismo, a saber, que una actividad productiva o parte integrante de una actividad productiva se sujeta a normas cuya teleología responde a fines específicos determinantes de los principios del derecho en los sectores jurídicos de los derechos reales, de los contratos y de la responsabilidad. Luego el resultado de esa intervención o mediación de la actividad, que ya no se puede decir que sea propiamente, solo del estado, tampoco es fruto del mercado. Desde mi punto de vista, se ha producido un desplazamiento del centro planificador pero éste no desaparece. Este desplazamiento permite hablar de *regulación descentralizada*<sup>8</sup>, que llega a presentarse incluso como un avance de la “sociedad civil” a costa del estado<sup>9</sup>.

El supuesto de la autorregulación lleva al extremo esa apariencia de que las normas a que ha de sujetarse la actividad proceden de la sociedad civil. No cabe duda de que el supuesto de la autorregulación, del que me he ocupado en otras ocasiones<sup>10</sup>, ofrece particularidades que lo distinguen de otros supuestos de regulación descentralizada. Pero compone con ellos la similitud esencial de que unos y otros tienen el mismo presupuesto implícito. Dicho de otro modo, todos los supuestos de nueva regulación parten de la consideración de que el mercado no ha de ser el único proceso del que se

(8) BLACK, J., *Critical reflections on regulation*. <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>

(9) Especialmente interesante resulta la lectura de SALVADOR CODERCH, P., “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, en MENENDEZ y PAU (dirs.), “*La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*” Ed. Thompson Civitas, 2004, pp.203-226.

(10) DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, RDBB, nº 94, abril-junio 2004, pp.87 a 115; IDEM, “La autorregulación como regulación jurídica”, en REAL PEREZ, A. (coord.) “*Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*”. Marcial Pons 2010, pp. 31 a 54.

deduzca la información precisa para coordinar las actividades empresariales productivas. Sucede que como vamos a ver a continuación, las nuevas formas de regulación plantean nuevas cuestiones relativas a la consistencia de la normativa reguladora con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

#### 4. NOTAS DE LA REGULACIÓN

Los derechos regulatorios no solo se refieren a las relaciones establecidas entre iguales en virtud de la actividad de que en cada caso se trata sino que integran también las normas referidas a los órganos reguladores. Lo que necesariamente supone que las normas integrantes de los derechos regulatorios no solo son normas de conducta o comportamiento sino que también lo son de organización. En cierto sentido, pero solo en cierto sentido, los derechos regulatorios se configuran como micro-ordenamientos por referencia al Ordenamiento jurídico.

Si partimos, como es mi caso, de la convicción acerca de la *unidad* del Ordenamiento jurídico, todo derecho regulatorio se manifiesta igualmente como unitario. Pero lo cierto es que la adhesión al carácter unitario del ordenamiento jurídico no impide apreciar que unas normas, relaciones e instituciones están más directamente gobernadas por el *principio de personalidad* y otras por el *principio de comunidad*. Las primeras son las normas de *derecho privado* que se refieren a la conducta que se debe guardar en las relaciones entre iguales, mientras que las segundas son normas de *derecho público* que miran a la organización de la comunidad<sup>11</sup>. La importancia de la distinción entre derecho privado y público no puede infravalorarse<sup>12</sup>.

Pues bien, en los derechos regulatorios se presentan en una mezcla tan indisoluble las normas de derecho público y derecho privado que no se puede reconocer la diferencia entre ellas y, por lo tanto, tampoco se pueden deducir de esa diferencia las pertinentes consecuencias de orden técnico-jurídico. Simplemente avanzaré, que por otra parte, esta imposibilidad lleva a tener por prioritario el factor público de modo que el régimen se puede considerar de derecho público<sup>13</sup>.

Esta consideración tiene consecuencias de gran trascendencia, por lo tanto, desde un punto de vista práctico. El régimen regulatorio escapará en buena parte de su aplicación por los tribunales de justicia para someterse a órganos administrativos, desde un punto

(11) Cfr. DE CASTRO, F. *Derecho civil de España* Tomo 1º. 3ª ed. Madrid 1955, p. 73 a 110, especialmente p. 101.

(12) *Ibidem*, , pp.105 y 106. Cabría añadir, a mi juicio, la repercusión de la distinción del texto en la interpretación más adecuada a la naturaleza de las normas.

(13) La supremacía se impone por razón de la preeminencia que se otorga al discurso emanado del absolutismo estatal (cfr. DE CASTRO, F., *obr.cit.*, p. 109). De “mezcla indisoluble” habla RADBRUCH (*Filosofía del Derecho*. Trad. española 1952, pp. 163 y s.) al tratar precisamente del “derecho económico”.

de vista técnico, la finalidad de las mismas no la determina el principio de personalidad sino el de comunidad, lo que vale decir que la teleología a la que responden las normas es de carácter colectivo antes que personal, el centro de gravedad de lo regulatorio se desplaza al campo de lo público.

A ese desplazamiento contribuye desde luego el peso de las normas de organización sobre las de conducta. Pero deseo advertir que no toda norma de organización debe considerarse de carácter público porque existen normas relativas a organizaciones que responden al carácter privado al venir la organización presidida por el principio de personalidad ya que es instrumento de una relación *inter privatos* establecida según un fin de satisfacción de la persona. No toda norma de organización, pues, debe considerarse de carácter público. El equívoco es sin embargo posible, y desgraciadamente frecuente, como se comprueba al pensar en el tratamiento que al derecho de sociedades le dispensan los partidarios de la teoría *institucionalista* de la sociedad. Pero que una sociedad exija normas de organización es algo acorde con la *relación estable y duradera de sociedad* cuya naturaleza es sin embargo *contractual*. La institución jurídica sociedad es de índole absolutamente jurídico-privada.

Lo que en la materia de los derechos regulatorios hay de relaciones entre iguales, esto es, lo privado, se impregna de lo público a menudo por la suposición de que ese derecho protege y tutela un *interés general* que debe prevalecer sobre el interés particular de los privados. Como este último centra el derecho de contratos, ahora este derecho queda presidido por principios distintos a los que expresan los códigos civiles y mercantiles basados en la autonomía de la voluntad, en la libertad del consentimiento y, por lo tanto, en la represión de la coacción y el fraude; la sustitución de los principios tiene la consecuencia de que se pasa a regular particularidades que, si supuestamente persiguen intereses generales, se olvidan del bien común a que tienden, en cambio, aquellos principios venerables del derecho de contratos.

Situados en este punto, ha de reconocerse que la armonía entre los principios inspiradores de los derechos regulatorios se hace imposible y por consiguiente acaba inexorablemente prevaleciendo lo público sobre lo privado como se manifiesta en que el cumplimiento e incumplimiento de las normas reguladoras se traduce en una sanción punitiva, pero no de orden penal, sino administrativo tanto por la sustitución de los órganos llamados a aplicar esos derechos como por la interpretación de las propias normas de conducta.

Junto a la inextricable fusión de lo público y lo privado, en los ordenamientos particulares a que venimos refiriéndonos las normas no tiene los caracteres de generalidad y abstracción que son propios de la norma jurídica. Al contrario, puesto que la regulación obedece a un fin concreto y determinado, las normas regulatorias tienen, en primer lugar, un contenido que consiste, por lo general, en un mandato positivo para el sujeto y, además, descienden a niveles de concreción inimaginables no solo en relación con las circunstancias en que el sujeto ha de conducirse sino incluso en relación con las circunstancias que afectan a los perfiles definitorios de ciertos sujetos.



En suma pues, a los llamados derechos regulatorios les convienen las notas siguientes. En primer lugar, una inextricable conmixión de lo público y lo privado, que se traduce en el sacrificio de esto segundo en aras de lo primero. En segundo término, las normas regulatorias no se refieren primariamente a la conducta o comportamiento sino que tiene como materia directa la organización que vela por cómo debe ordenarse la conducta. El derecho propiamente tal no solo se refiere a normas sino que también tiene por contenido los procedimientos o procesos para imponer coactivamente su observancia, pero estos procesos son coactivos gracias al sostén que representa el poder del estado en sentido abstracto. Los derechos regulatorios tienen como referentes distintos aspectos de ese poder público según la competencia que le es atribuida y según la finalidad organizativa buscada por la regulación. Finalmente, las normas de conducta engarzadas en un derecho regulatorio carecen de sentido general y abstracto para manifestarse como particulares y concretas. Como es obvio, estas notas caracterizadoras de los derechos regulatorios no pueden dejar de tener consecuencias ni en la consideración del fin o *sentido* del derecho ni tampoco en la aproximación a su comprensión y estudio. De esta cuestión pasamos a ocuparnos a continuación.

## **5. INCIDENCIA DE LA CATEGORIA “DERECHO REGULATORIO” EN EL DERECHO**

¿Cómo incide la categoría “derecho regulatorio” en el derecho? Para responder a esta pregunta es necesario señalar de qué aspecto del derecho hablamos. Pues bien, entiendo que, por lo pronto, debemos considerar el *sentido del derecho*<sup>14</sup>, que se asocia a su función esencial para la persona. A estos efectos, me remito a lo que dije al comienzo del presente trabajo. Repetido muy resumidamente, el derecho marca el cauce o camino en el que la persona debe realizar su libremente escogido proyecto de vida en libertad. Que el derecho marque la rivera de la vida significa que la norma jurídica señala los límites más allá de los cuales la vida del hombre anegaría las riberas de los otros sin título alguno para hacerlo. El cauce ha de marcarse en función del carácter relacional de la persona aunque también como camino que procura el propio perfeccionamiento.

### **5.1. LOS DERECHOS REGULATORIOS Y LA DIVISION DEL DERECHO EN PÚBLICO Y PRIVADO**

La sociabilidad de la persona no niega ni obstaculiza la libertad de sus acciones y ni si quiera impide la acción independiente y ajena a la convivencia con los demás; de ahí precisamente el conjunto heterónimo capaz de imponerse coactivamente a quien no observara voluntariamente la norma. Pero esto no significa desde luego que el centro del que emanan esas normas capaces de imponerse contra la propia voluntad de la persona disfrute del mayor arbitrio para determinar el contenido de las normas mismas.

(14) *Sobre el sentido del derecho* titula su sugestiva obra Jesús BALLESTEROS. Ed. Tecnos, Madrid. 1984.

La norma jurídica ha de ajustarse para ser tal —otra cosa es que no siéndolo, sin embargo se le haya de otorgar eficacia como si lo fuera<sup>15</sup>— a un contenido ético no solo en relación con la materia de que la norma trate que no ha de llevar a una conducta inmoral<sup>16</sup>, sino también por su ordenación a preservar la libertad de la persona como sujeto de su acción; la persona no debe verse obligada a más condicionamiento de lo que exige el principio de comunidad que, a su vez, también ha de ser formulado con carácter general. La división del derecho en público y privado que aquí hemos aceptado supone reconocer que el principio de comunidad, delimitador de la esfera de lo público, ha de subordinarse al principio de proporcionalidad que significa la necesidad de que la libertad personal solo se sacrifique hasta el punto necesario para que no se frustre la convivencia necesaria para la propia vida de la persona; en otros términos, el principio de proporcionalidad representa la limitación de los límites a la libertad<sup>17</sup>. Traza de esta circunstancia todavía la encontramos en los restos de democracia de que disfrutamos. Lo decisivo en materia de relaciones de subordinación y, por consiguiente, de poder está en ponerle límites a éste, en que el derecho le marque al poder también su cauce o su rivera.

Pues bien, no es dudoso que la combinación de lo público y lo privado en los derechos regulatorios hace ilusoria esa función del derecho. La insaciable arrogación de potestad por parte de los poderes públicos va dejando en la penumbra cada vez a más amplios sectores que pertenecerían al ámbito en el que cada persona debe trazarse el proyecto de su vida, recubriéndose los poderes al parecer de legitimidad por la supuesta e implícita facultad que resulta de haber sido elegido en unas elecciones que se constituyen sin que se sepa por qué en fuente de conocimiento para el elegido que, a partir de ese momento (eso sí, sólo hasta que pierda el poder), será capaz de definir apodícticamente lo que conviene a todos sacrificando incluso lo que conviene a cada uno.

La confusión de lo público y lo privado por parte del poder que se arroga la facultad regulatoria supone una profunda distorsión, tan profunda, que desnaturaliza por completo la finalidad o el sentido del derecho como medio indispensable para la convivencia libre y armoniosa de los hombres que es sobre lo que le corresponde velar al que “tiene el cuidado de la comunidad”.

(15) Es el permanente tema de la “ley injusta”. Recordemos cómo lo resolvió Sócrates y cómo fue resuelto en sentido completamente contrario por su “nieto intelectual”, Aristóteles. En todo caso, los clásicos no hacían abstracción del contenido de las normas jurídicas; sólo el formalismo propio del positivismo moderno hace indiferente el contenido.

(16) Son de especial interés las aportaciones de OLLERO, A., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2012, así como de FUENMAYOR, A., “La influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral” en *Estudios de Derecho Civil. I*, Ed. Aranzadi, 1992.

(17) La libertad del hombre debe entenderse desde su dimensión trascendental de libertad como *indeterminación* hasta la libertad de *elección* o libre albedrío (cfr. MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, Ed. Rialp, Madrid, 1978).

Los derechos regulatorios precisamente, en vez de limitar el poder, lo amplían hasta permitirle invadir zonas de suyo privativas de la persona por corresponderle a ella tan solo la determinación de su acción y su libre albedrío o libertad de elegir.

## 5.2. EL CARÁCTER POSITIVO Y CONCRETO DE LAS NORMAS REGULATORIAS

La pérdida de abstracción y generalidad que sufren las normas que integran los derechos regulatorios respecto de las pertenecientes al orden jurídico propiamente tal implica, además de lo señalado en el epígrafe anterior, la posibilidad, más aún, la invitación a practicar una fragmentación del Ordenamiento heterónomo imprescindible para regular la vida del hombre en libertad en tantos trozos o fragmentos como se le pueda ocurrir al poder que se han de diferenciar las necesidades humanas según características absolutamente arbitrarias y, consiguientemente, voluntaristas.

Pero para afrontar los problemas de cada una de esas fracciones y para subvenir a esas supuestas necesidades a cuyo fin se dirigen los derechos regulatorios existen principios y criterios propiamente jurídicos que podrían ser alumbrados por la jurisprudencia si se la dejara actuar, como es obligado en un sistema de derecho, sin sentirse encorsetada por el positivismo legalista asfixiante<sup>18</sup>, y además por el *paternalismo* inherente al derecho regulatorio<sup>19</sup>. La existencia de estos sedicentes derechos incide en el tema de las fuentes del derecho. Por otro lado, esa existencia, además de desdecir de la consideración debida a la persona que es esencialmente libre, se enfrenta directamente con el principio de justicia que ordena “dar a cada uno lo suyo” que cabalmente significa que no a todos se les debe por igual aunque sí haya de ser proporcionado a lo que cada uno se hace acreedor por sus acciones. En condiciones de salud de la persona como en las de ausencia de coacción o de fraude, cada uno es merecedor de *algo*; Pues bien, *ese algo es lo suyo de cada cual*. Imposible es que haya algo que pueda considerarse “suyo” si cualquier persona merece lo mismo por el mero hecho de existir.

La razón tuitiva que, por lo general, se alega a favor de ciertas regulaciones no supone más que acrecentar las esferas a que se extiende el poder injustificadamente como injustificada está aquella razón cuya oportunidad de invocarla es además por completo desconocida de manera inevitable por quien ostenta el poder.

Pero con ser esto importante, no es todo. Porque los efectos perversos de la regulación fragmentaria se dejan notar de manera inesquívale en el adocenamiento que implica para la persona, a la que se privará de llevar adelante su acción creadora por el acostumbramiento conservador y reaccionario a sentirse protegido. El adormecimiento

(18) Sobre la labor de la jurisprudencia sigue siendo luminosa a la vez que provechosa la lectura de PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho*. (Edición homenaje a Don José Puig Brutau. Ed. Boch, Barcelona 2006) así como los estudios introductorios.

(19) De provecho es la lectura de *Juxtaposing autonomy and paternalism in private law* OGUS, A. y Van BOOM, W., (eds). Oxford and Portland, Oregon 2011.

de la conciencia, es decir, la deshumanización de la persona es fruto inexorable de cuanto vengo diciendo<sup>20</sup>

### *5.3. LOS DERECHOS REGULATORIOS Y LOS GRANDES TEMAS DEL VERDADERO DERECHO APLICABLE A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.*

Ceñidos los derechos regulatorios a las actividades económicas, debemos recordar lo señalado al principio de este ensayo sobre la importancia que para el derecho tienen los títulos de propiedad, los contratos y la responsabilidad patrimonial. Derechos reales, derecho de obligaciones y contratos y derecho de la responsabilidad civil son las grandes rúbricas del Ordenamiento jurídico relativo a la actividad económica o, en general, a la economía o al tráfico patrimonial.

Por ello es imprescindible que la normativa jurídica se atenga a lo que demandan esas rúbricas tal y como se configuran por el sistema de economía que impere en la comunidad de que se trate. Antes deberíamos incluso señalar que un verdadero Ordenamiento jurídico, que para serlo ha de ponerse al servicio de la persona, no puede sino aceptar como sistema económico el de mercado. Pero no es preciso gastar ahora tiempo en ello puesto que, por fortuna, así sucede en el caso español a tenor de lo que se dispone en el artículo 37 de la Constitución.

Sin embargo “los derechos de propiedad”, el derecho de contratos y el derecho de la responsabilidad pueden quedar afectados en virtud de la regulación dispensada por los derechos regulatorios hasta el punto de hacer irreconocible el sistema constitucional de economía de mercado.

Aún cuando el artículo 53.1 de la Constitución establezca un límite al poder de introducir mandatos legales que afecten al sistema de economía<sup>21</sup>, no resulta efectivo ni mucho menos suficiente. De hecho, la doctrina del “núcleo esencial” de los derechos abunda en la posible expansión del poder hasta allí donde su insaciable voluntad le lleve.

### *5.4. LOS DERECHOS REGULATORIOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL*

Fuera ya de lo que es la consideración de la finalidad del derecho, los derechos regulatorios plantean una pregunta fundamental en relación con el orden constitucional.

Me acabo de referir al problema que se plantea en torno a la constitucionalidad de algunas regulaciones ante la duda de que sean consistentes las normas con el derecho a la libertad de empresa y al sistema de economía de mercado reconocido y establecido

(20) “Vigilantibus, non durmientibus, succurrum iura” decían los romanos que, significativamente colocaban a la persona como centro del que emana todo el derecho, según *Digesto* I,V.2.

(21) El Tribunal Constitucional ha interpretado en ocasiones que la referencia al mercado como sistema de economía en el artículo 37 de la Constitución implica una garantía institucional respecto al derecho de libertad de empresa. Sobre el particular, DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La publicidad y el sistema económico constitucionalizado” Procesos de Mercado. Revista europea de economía política. Vol. V, num. 1. Primavera 2008, pp. 223 a 241 y bibliografía allí citada.

respectivamente uno y otro en el artículo 37 CE. Es decir, esta cuestión de constitucionalidad mira al aspecto iusprivatista de los derechos regulatorios. Pero además éstos implican una cuestión de constitucionalidad por lo que toca a su aspecto público. Es indudable que tales manifestaciones normativas y procedimentales plantean el problema de la legitimación del poder del que emanan unas y con que se desempeñan otras. La conclusión habría de plantearse en todo caso, incluso si los derechos regulatorios procedieran del estado y se le confiaran al él; habría de ser así si no se hubiera pervertido el orden democrático hasta el punto de admitir que el poder ejecutivo del estado lo puede todo sin excepciones con tal de que, de un lado, se haya sometido al formulismo procedimental del voto del grupo de la mayoría en que se entiende comprendido de hecho todo lo que significa el orden democrático y, de otro lado, se haya autoproclamado el “interés general” o “público”. Desgraciadamente vivimos bajo el imperio de dicha visión reduccionista y el problema de la legitimación de los polos a los que se reconoce el poder imponer los derechos regulatorios no se plantea si esos polos se reconducen de cualquier modo que sea a cualquier organigrama “público” y se limita tan solo a los supuestos de la llamada regulación descentralizada y, en máximo grado, a los supuestos de autorregulación<sup>22</sup>. Volvemos a encontrarnos con el tema de fuentes ya aludido antes.

(22) Me ocupo de la cuestión en “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del derecho de la competencia. A propósito de la resolución del T.D.C. de 20 de enero de 2004” *RDM*. nº 256, abril-junio 2005, pp. 675- 695; también en “Un límite al poder autorregulador de Autocontrol de la Publicidad. La sentencia de la Audiencia de Madrid de 24 de mayo de 2004”, E-prints UCM; también y en colaboración con NUÑEZ RODRIGUEZ. E, “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia de 13 de Marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos” E-prints, UCM e igualmente “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia* Nº45, pp. 95-128. En todos los trabajos citados de una u otra manera se pone en cuestión que pueda hablarse de autorregulación así como la legitimidad que puede reconocérsele a la asociación privada que dice ejercerla. El problema de la legitimación para el caso de la regulación descentralizada tanto como para el caso de la autorregulación queda explícita en BLACK, J. *ob. cit*; dicha autora se ocupa también de la combinación entre centros autorreguladores y tribunales de justicia en “Constitutionalising Self- Regulation, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02064.x/pdf>.”

### 5.5 LOS DERECHOS REGULATORIOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Desde otro punto de vista no menos importante que los anteriores, los derechos regulatorios atentan contra la seguridad jurídica. La seguridad jurídica, que en cuanto implica saber a qué atenerse es indispensable para actuar en libertad, a duras penas puede reconocerse si las actividades económicas se someten a regulación. Dejando al margen la impredecibilidad de las regulaciones y de su alcance, es un hecho incuestionable que la búsqueda de fines concretos y determinados lleva de modo inexorable a la necesidad de mantener la tarea regulatoria en permanente cambio. Y subrayo de manera inexorable por la razón de que, al determinar los fines, el regulador no cuenta sin embargo con la imprevisibilidad de la acción humana y de las cadenas de nuevas acciones que provoca. Esto, que avala la consideración de la *ignorancia* del regulador,<sup>23</sup> es lo que se corresponde con una visión dinámica de los procesos en que el hombre se ve inmerso como permanente *in fieri* y no como equivocadamente se piensa como algo hecho o dado. Ese dinamismo es generador constante de nuevas incertidumbres,<sup>24</sup> cuyo deseo de erradicar se traduce en nuevas adiciones a la regulación ya existente o, incluso, en una nueva regulación. Por eso vemos hoy día, solo con el asombro de algunos entre los que no me cuento, la constante modificación y cambio de los textos normativos y su general multiplicación<sup>25</sup>. Lo que representa una gran inestabilidad del sistema normativo que le priva de su fin esencial de procurar la seguridad jurídica.

Si la seguridad jurídica es esencial para toda acción humana, especialmente lo es para la de carácter económico. Los costes inherentes a la inseguridad jurídica, que resultan bien de que, como antes se señaló, no se cuente con un régimen jurídico adecuado a la acción de generación de riqueza -propiedad, contratos, responsabilidad- bien de que la regulación varíe constantemente, son disuasorios de la *inversión* que es el presupuesto imprescindible de toda actividad productiva.

La seguridad que quiere alcanzarse mediante la regulación en defensa de una fracción de la comunidad, considerada *a priori* digna de ser protegida frente a la acción supuestamente agresiva de otra fracción social, es contraria consiguientemente a la

(23) La ignorancia del regulador respecto del modo como ha de regularse cada materia para la mayor satisfacción de todos traduce la ignorancia sobre la que argumenta HAYEK de manera irrefutable a efectos de dejar a los procesos de mercado que suministren la información necesaria para la tarea coordinadora de los empresarios que, por otro lado, no están exentos de error.

(24) Al tiempo humano y a la incertidumbre se refieren O'DRISCOLL, G.P.-RIZZO M.J., *La economía del tiempo y de la ignorancia*, Unión Editorial. Madrid 2009, pp. 93-113.

(25) MENÉNDEZ, A. en la Introducción a "*La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*" cit., pp. 15-23, siendo muy importante la referencia que hace el autor al Profesor Eduardo GARCIA ENTRERRÍA y su publicación: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Es realmente sorprendente que los políticos citen como mérito de su paso por el poder el número de textos legislativos aprobados durante su mandato.

seguridad jurídica propiamente dicha y opuesta, por lo tanto, a toda acción generadora de riqueza<sup>26</sup> con pérdida para todas las fracciones de la entera comunidad.

## **.6. EL SISTEMA JURIDICO COMO SISTEMA ABIERTO. LAS CONSECUENCIAS DE LOS DERECHOS REGULATORIOS**

Incluso dando por supuesto que el sistema jurídico es autopoiético, ha de reconocerse no obstante su carácter de sistema abierto, y, por consiguiente, en constante interacción con los demás sistemas que constituyen el entramado por el que discurre la vida de la persona.

Las normas y los procedimientos integrantes de los derechos regulatorios en la medida en que, dada su apariencia formal y su aplicación coactiva, pertenecen al sistema jurídico trascienden también a los demás sistemas y su particular naturaleza no deja de tener consecuencias sobre ellos. En realidad, ya hemos hablado de esto en parte. Pero no importa insistir en la repercusión de los derechos regulatorios en el sistema político sustentado en la Constitución y en el sistema económico. Nuestra actual exposición se ceñirá a las repercusiones de los derechos regulatorios sobre el sistema social propiamente dicho, pero teniendo en cuenta que dichas repercusiones producirán a su vez efectos en el sistema político, económico e incluso jurídico.

En algún sentido también hemos hablado de las disfuncionalidades de los derechos regulatorios para el sistema social. A ello sin duda apunta lo ya señalado acerca del adormecimiento de las conciencias y la despersonalización o deshumanización que el deseo de seguridad produce con la consiguiente pérdida de libertad, con lo que se corresponde el creciente autoritarismo totalitario.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene dirigir la atención a otro aspecto no menos importante. Hemos de referirnos a la llamada “captura del regulador” que, sin el menor ánimo peyorativo para la regulación, puso de relieve el mejor teórico de lo regulatorio<sup>27</sup>. Desde luego en términos descriptivos el fenómeno de la “captura” no tiene necesariamente que traducirse en corruptelas ni desde luego en verdadera corrupción.

(26) Son especialmente interesantes las consideraciones de RALLO, J.R. *Una alternativa liberal para salir de la crisis, más mercado y menos estado*, Ediciones Deusto. Barcelona.2012. pp. 244 y ss.

(27) STIEGLER, G.J., “The theory of economic regulation”, <http://www.ppge.ufrgs.br/GIACOMO/arquivos/regulacao2/stigler-1971.pdf> . A veces también se habla de captura del estado o del legislador, al considerar al estado como regulador, así MAJONE, G y LA SPINA, A., “El estado regulador” [http://gestionypoliticapublica.cide.edu/num\\_anteriores/Vol.II\\_No.II\\_2dosem/MG\\_Vol.II\\_No.II\\_2dosem.pdf](http://gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.II_No.II_2dosem/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf); también, MEMBREÑO CEDILLO, M.A., “¿Qué se entiende por captura del estado?” [http://www.cna.hn/archivos/coleccion\\_etica/que\\_se\\_entiende\\_por\\_captura\\_estado.pdf](http://www.cna.hn/archivos/coleccion_etica/que_se_entiende_por_captura_estado.pdf) ;igualmente, PEINADO, J.I., “La captura del regulador: los consumidores y la competencia en la regulación económica”, en LOPEZ GARCÍA- DEL REAL ALCALÁ- RUÍZ RUÍZ, (eds.) *La democracia a debate*. Madrid 2002, pp. 249 y ss.

Pero sería ingenuo negar que de hecho la potestad reguladora puede ser ocasión de corrupción ante la que naturaleza o condición del hombre como ser *desfalleciente* que es<sup>28</sup> le hace sucumbir en una muy alta proporción. Las consecuencias sociales y políticas que se siguen de la expansión de las acciones corruptas no es necesario pormenorizarlas aquí<sup>29</sup>.

Por otra parte, y en íntima relación con lo también visto acerca de la ignorancia de la que no puede desligarse ningún regulador sobre las consecuencias de la regulación, ésta es ocasión para que surja el “buscador de rentas” del que nos habla otro ilustre autor<sup>30</sup>. El buscador de rentas, que, a mi juicio, es una especie de *free rider*, inevitablemente surge al amparo de las regulaciones con la consecuencia de que distrae factores necesarios para la generación de riqueza para su propio, y, ahora sí, egoísta beneficio puesto que de ninguna forma repercutirá la renta ganada en beneficio de las circunstancias en que lleguen las mercancías o los servicios a manos del consumidor.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el presente trabajo, que no pasa de ser un ensayo, he pretendido destacar los puntos que hacen cuanto menos discutible la nueva forma de intervención pública de la economía que se realiza por medio de los derechos regulatorios. No se discutirá que, al menos, han quedado planteadas dudas que, por su realismo, deben ser motivo de reflexión y de deliberación por parte de los juristas y no solo por ellos.

La conclusión a que conduce este ensayo es que debemos abandonar tareas imposibles para el derecho y volvamos más modestamente a su sentido y función tal como se definen en la civilización en la que tenemos la fortuna de vivir y en la que intervino Roma con la aportación inevaluable de su derecho. Tal vez así incluso consigamos eliminar, al menos en parte, la *complejidad* que invariablemente se denuncia como origen u ocasión de la regulación.

(28) .Ésta caracterización del hombre tuvo la fortuna de oírse la proclamar directamente al maestro Laín Entralgo.

(29) Señala las consecuencias MEMBREÑO CEDILLO, M.A., *obr. cit.* Sin duda que en relación con la prevención de la corrupción se regula el *lobby* en algunas sociedades de mayor aprecio por la libertad como la norteamericana, lo que le dota de una transparencia que elimina lo peor de todo grupo de presión. Es significativo que en España la regulación del *lobby* encuentre una profunda hostilidad.

(30) TULLOCK, G. “The fundamentals of rent-seeking” [http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame\\_right\\_newlife.pl?type=school&links=/in/tullock/works/tullock\\_w2.txt&img=works.jpg&name=pubchoice](http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame_right_newlife.pl?type=school&links=/in/tullock/works/tullock_w2.txt&img=works.jpg&name=pubchoice)